

O CUMPRIMENTO IMEDIATO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA JUSTIFICADO PELO CARÁTER DEMOCRÁTICO DO JÚRI

THE IMMEDIATE EXECUTION OF THE CONVICTION JUSTIFIED BY THE JURY'S DEMOCRATIC CHARACTER

Rafael Schwez Kurkowski*

RESUMO: O presente artigo sustenta que o caráter democrático do Tribunal do Júri justifica a eficácia imediata da sentença condenatória logo após a decisão do conselho de sentença. Essa medida atualmente é debatida na jurisprudência e figura em anteprojeto de lei brasileira, o que demonstra a relevância do seu estudo. Para tanto, mediante análise documental da legislação brasileira e estrangeira e da jurisprudência pátria, bem como mediante revisão bibliográfica, este trabalho argumenta que o Tribunal do Júri, no ordenamento jurídico brasileiro, exige o cumprimento imediato da vontade dos jurados por constituir um instrumento da democracia participativa. Sustenta também que a execução provisória igualmente respeita o devido processo legal tanto na sua vertente procedimental, que se relaciona à democracia formal, quanto substancial, que se vincula à democracia material.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Democracia participativa. Eficácia imediata da sentença.

ABSTRACT: This article sustains that the jury's democratic character justifies the immediate efficacy of the judicial sentence after the jury's decision. This standard is debated daily in the judicial precedents and figures as object of a Brazilian draft bill, that demonstrates the relevance of its study. For this

* Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor licenciado de Direito Processual Penal da Faculdade Pio Décimo (Fapide). Integrante dos grupos de pesquisa Tutela Penal dos Interesses Difusos da Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT) e Política Criminal do UniCEUB. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe, atualmente exercendo as suas atribuições como coordenador disciplinar da Corregedoria Nacional do Ministério Público. Brasília – DF – Brasil.

purpose, through documental analysis of the Brazilian and foreign law and of the Brazilian jurisprudence as well as bibliographic review, this research argues that the jury, in the Brazilian law, demands the immediate execution of the jurors decision, because it constitutes a participative democratic tool. It also upholds that the provisional execution respects the due process of law, in its procedural character that is related to the formal democracy, and in its substantive character which is bounded to the material democracy.

Keywords: Jury. Participative democracy. Immediate efficacy of the conviction.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 JÚRI: INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA QUE EXIGE O CUMPRIMENTO IMEDIATO DA VONTADE DOS JURADOS; 2.1 JÚRI: **participação direta do cidadão no Poder Judiciário**; 2.2 O ASPECTO DEMOCRÁTICO DO JÚRI EXIGE O CUMPRIMENTO IMEDIATO DA VONTADE DOS JURADOS; 3 OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA CUMPRIR A DEMOCRACIA SUBSTANCIAL; 4 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, a execução provisória da pena, após o encerramento das instâncias ordinárias¹, ganhou destaque com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do *Habeas Corpus* (HC) nº 126.292/SP, em fevereiro de 2016, no qual se decidiu que ela “não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”. Essa decisão do HC nº 126.292/SP reverteu o entendimento sedimentado, em 2009, no HC nº 84.078/MG, quanto à

¹ Registra-se que, em outro lugar, já se demonstrou que a execução provisória da pena, após o encerramento das instâncias ordinárias, além de compatível com os direitos fundamentais (KURKOWSKI, 2017b; KURKOWSKI; PIEDADE, 2017), se justifica pelo trânsito em julgado do capítulo sentencial da culpa (KURKOWSKI, 2017a).

impossibilidade da execução provisória da pena² bem como serviu de paradigma para os julgamentos subsequentes (BRASIL, STF, 2016; BRASIL, STJ, 2016). Em outubro de 2016, o STF reforçou esse entendimento ao indeferir a medida cautelar postulada nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) ns. 43 e 44, cujo objeto versa sobre o art. 283 do Código de Processo Penal (CPP). O objetivo dessas ADCs consistia na declaração de que a execução da pena apenas poderia ocorrer somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Em novembro de 2016, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 964.246RG/SP, com repercussão geral, o STF reafirmou o entendimento de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”. Na sequência, em março de 2017, o STF, no julgamento do HC nº 140.213/SP, ripristinando o entendimento sustentado no HC nº 84.336/RS (2004), decidiu que a execução provisória tem cabimento nas ações penais originárias, “uma vez que o duplo grau de jurisdição, inobstante sua previsão como princípio na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto nº 678/92, art. 8º, § 2º, “h”), não se aplica aos casos de jurisdição superior originária”³.

Assim, pacificou-se o cabimento da execução provisória da pena, após o encerramento das instâncias ordinárias, circunstância que, no processo penal brasileiro, sucede depois do julgamento do recurso de apelação (art. 593 do Código de Processo Penal – CPP), de embargos infringentes ou de nulidade (art. 609, parágrafo único, do CPP) ou dos

² Para uma análise da evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória da pena, desde 1989, ver Kurkowski e Suxberger (2016, p. 3-5).

³ Este também é o atual entendimento do STJ: (BRASIL, STJ, 2017ab).

respectivos embargos de declaração (art. 619 do CPP) que venham a ser interpostos.

O STF também tem permitido a execução provisória da pena, no âmbito do procedimento afeto aos crimes dolosos contra a vida, após o encerramento das instâncias ordinárias.⁴

Não obstante, o rito dos crimes dolosos contra a vida, dada a sua qualificação ditada principalmente pela democracia que impregna o Tribunal do Júri, demanda a execução provisória da pena imediatamente após a decisão condenatória do conselho de sentença⁵. A jurisprudência, como abaixo se demonstra, tem debatido esse tema, o qual já consta como objeto de anteprojeto de lei (PROJETO..., 2019)⁶. Essas circunstâncias evidenciam a relevância no estudo do objeto deste artigo.

⁴ Seguem exemplos: decisão monocrática na Petição Avulsa no HC nº 118.039/MA, do Ministro Dias Toffoli, datada em 23.11.2017; decisão monocrática no HC nº 147.957/RS, do Ministro Gilmar Mendes, datada em 23.11.2017; decisão monocrática no HC nº 148.720/AL, do Ministro Edson Fachin, datada em 31.10.2017; decisão monocrática no HC nº 145.496, da Ministra Rosa Weber, datada em 5.10.2017. Essas decisões fazem referência ao HC n. 126.292/SP.

⁵ No Brasil, o júri tem a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, da CF), ou seja, aqueles previstos nos arts. 121 a 128 do Código Penal. Como a Constituição Federal fixou a competência mínima do júri, a legislação infraconstitucional ampliou a sua competência para o julgamento dos crimes comuns conexos aos crimes dolosos contra a vida (art. 78, I, do CPP).

⁶ Segundo esse anteprojeto de lei, o art. 492 do CPP, no pertinente ao objeto deste trabalho, passa a ter a seguinte redação:

"Art. 492.

I – [...]

e) determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direito e pecuniárias, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

A Primeira Turma do STF, no HC nº 118.770/SP, fixou a seguinte tese de julgamento: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”.

Esse mesmo órgão jurisdicional também foi contundente no julgamento do HC nº 139.612/MG, que envolvia um caso de repercussão nacional no qual um jogador de futebol, goleiro, havia sido acusado de matar a mulher com quem tivera um filho e de ocultar o seu cadáver. Na época da impetração, o paciente, já condenado pelo conselho de sentença do Tribunal do Júri pela prática de homicídio qualificado, ocultação de cadáver e sequestro, estava custodiado provisoriamente havia seis anos e três meses, embora sua apelação interposta perante o Tribunal de Justiça local ainda não houvesse sido julgada. A maioria dos ministros entendeu que a sentença condenatória constituía um novo título executivo e substituíu a prisão preventiva anteriormente decretada. Conferindo, ademais, destaque ao julgamento do HC nº 118.770/MG, decidiu que a soberania dos veredictos justificava a manutenção da prisão determinada pela sentença, que não violava o princípio da presunção de inocência.

O júri proporciona ao cidadão comum a oportunidade de participar da manutenção do Estado de Direito e da construção de uma sociedade justa (DEPARTAMENTO...; 2009, p. 7). Nesse sentido, a habilidade do júri para representar o sentimento da comunidade e para tomar decisões que visam ao bem-estar dela caracterizam-no como uma “instituição essencialmente democrática” (EILBAUM, 2013, p. 719). A

§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão substancial cuja resolução pelo Tribunal de Apelação possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri não terá efeito suspensivo.

democracia, para além do aspecto majoritário, como já observado por Aristóteles (1985, p. 1290b, 1292a, 1317b), cuida da participação, direta e indireta, do cidadão no poder público. No caso do Poder Judiciário, o Tribunal do Júri permite a atuação direta do cidadão na jurisdição, sem intermediários. Ademais, como será visto, a democracia, observada do seu ponto de vista substancial, além do formal, concretiza-se também pelo respeito aos direitos fundamentais, inclusive os da minoria.

A democracia impregnada no júri deu origem à soberania das suas decisões. Essa soberania torna irrevisável a decisão dos jurados, quanto ao seu mérito. Para tanto, ela reclama um procedimento especial para o processamento dos crimes dolosos contra a vida, o qual foi estabelecido pelo Capítulo II, Título I, Livro II, do Código de Processo Penal (arts. 406 a 497). A divisão desse procedimento em duas fases – juízo de acusação e juízo da causa – constitui um verdadeiro filtro, ao permitir que o júri decida apenas quando houver prova segura da materialidade e indícios suficientes de autoria ou participação do réu.

A qualidade especial do Tribunal do Júri que é conferida a ele pelo seu aspecto democrático demanda um entendimento diferenciado em relação à execução provisória da pena. É justamente este o objeto do presente escrito: a feição democrática do júri, da qual deriva a soberania dos veredictos dos jurados, justifica a execução provisória da pena logo depois da decisão do conselho de sentença. Todavia, para evitar o “absolutismo” de eventual maioria formada no conselho de sentença, essa execução deve seguir o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), tanto na sua feição formal/procedimental quanto na material/substantiva.

O devido processo legal procedimental (*procedure due process of law*) atina ao modo pelo qual o ato normativo é executado. “Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei, ou do regulamento, viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato” (SILVEIRA, 2001, p. 242).

Já o devido processo legal substancial (*substantive due process of law*) afere a justiça do conteúdo material tratado na lei ou do ato administrativo (SILVEIRA, 2001, p. 423). Por essa modalidade, o STF tem apreciado a proporcionalidade e a razoabilidade de todos os atos normativos submetidos ao seu crivo (ALVES JÚNIOR, 2014, p. 114).

Para fins da comprovação do objeto acima descrito, sustentam-se dois objetivos, mediante análise documental da legislação e da jurisprudência nacional e estrangeiras, bem como por intermédio de revisão bibliográfica. O primeiro advoga que o Tribunal do Júri, no ordenamento jurídico pátrio, por constituir verdadeiro instrumento da democracia participativa para os cidadãos, exige o cumprimento imediato da vontade (decisão) dos jurados. O segundo objetivo defende que essa execução provisória é possível porque, além de decorrer de uma decisão proveniente de uma maioria, ela segue o devido processo legal.

2 JÚRI: INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA QUE EXIGE O CUMPRIMENTO IMEDIATO DA VONTADE DOS JURADOS

No presente tópico, demonstra-se que o respeito à vontade do povo, que é o titular do poder e, no caso do Tribunal do Júri, exerce diretamente, sem representantes, o Poder Judiciário exige o cumprimento imediato da decisão do Conselho de Sentença.

2.1 JÚRI: participação direta do cidadão no Poder Judiciário

O Tribunal do Júri tem natureza jurídica dúplice. Trata-se, inquestionavelmente, de direito fundamental do réu de ser julgado pelos seus pares, e não por um juiz direito, conforme previsto no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal (CF). Na condição de direito fundamental, o júri constitui cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CF),

motivo por que não pode ser suprimido do ordenamento jurídico (CHAVE, 2015, p. 46).

Mas o júri também se afigura como um “direito coletivo, social, da própria comunidade, de julgar os seus infratores” (CAMPOS, 2010, p. 4). Mais do que um direito social, o júri é um sustentáculo da democracia.

A democracia não deve ser vista unicamente como forma de governo, pois ela também envolve a ideia de participação livre do cidadão na vida política do seu país (AVELAR, 2014, v. 1, p. 582). Dessa forma, conforme observa José Afonso da Silva (2002, p. 131), a democracia repousa sobre dois princípios: a) o da soberania popular; e b) o da participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular.

A participação direta do cidadão no poder público caracteriza a democracia participativa. Ela está prevista no art. 1º, parágrafo único, *in fine*, da CF: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Com efeito, o princípio democrático implica a democracia participativa, isto é, a “estruturação de *processos* que ofereçam aos cidadãos efectiva possibilidade de aprender a democracia, *participar nos processos de decisão*, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir ‘inputs’ políticos democráticos” (sem grifos no original) (CANOTILHO, 2003, p. 288). Esses processos que permitem a participação do indivíduo na gestão pública estão previstos na Constituição. Exemplificam-se alguns deles: direito de petição (art. 5º, XXXIV, *a*, da CF); ação popular (art. 5º, LXIII, da CF) (SILVA, J., 2002, p. 142); iniciativa popular (art. 14, III, da CF); plebiscito (art. 14, I, da CF); referendo (art. 14, II, da CF); denúncia de irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (art. 74, § 2º, da CF); ação civil pública (art. 129, III, da CF) (BEÇAK, 2011, p. 615);

gestão quadripartite da seguridade social (art. 194, parágrafo único, VII, da CF); participação da sociedade civil no Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (art. 79, parágrafo único, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Essa democratização também ocorre no âmbito do Poder Judiciário, mediante a participação direta do cidadão nele. Exemplificativamente, em nível internacional, a Constituição austríaca, no seu art. 91, ao instituir o júri para processos criminais, é clara neste sentido: “The people shall participate in jurisdiction”. A Constituição de Portugal, no seu art. 207 (“Júri, participação popular e assessoria técnica”), também prevê o júri criminal como uma via para o povo participar na administração da Justiça. Mais taxativa ainda é a Constituição da Espanha, no seu art. 125: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y *participar en la Administración de Justicia* mediante la *institución del Jurado*, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales” (sem grifos no original).

A Constituição do Brasil, a despeito de não prever textualmente a participação direta do povo no Poder Judiciário, permitiu essa atuação, quando instituiu o Tribunal do Júri, no art. 5º, XXXVIII, assegurando soberania aos seus veredictos.

De fato, na condição de órgão constitucional, o júri constitui legítima manifestação de soberania popular relacionada à democracia participativa (NASSIF, 2008). Enquanto o magistrado presidente faz uma representação indireta do povo, o conselho de sentença traduz representação direta do povo (TUCCI, 1999, p. 35), que é próprio titular do poder executivo, legislativo e judiciário (art. 1º, parágrafo único, da CF).

Ao lado do plebiscito, do referendo e da iniciativa legislativa popular, o júri caracteriza-se por ser um instrumento de participação

direta do cidadão no Poder Judiciário, pois “no Júri o povo exerce a função jurisdicional de maneira direta, sem intermediários”. (VIVEIROS, 2003, p. 59). Assim, enquanto o magistrado “exerce a função jurisdicional – que é função do Estado, e não do órgão que a manifesta – por delegação do poder político, a jurisdição do Júri é exercida diretamente pelo titular originário deste poder: o povo, o que lhe confere autêntica legitimidade popular” (VIVEIROS, 2003, p. 68-69).

O Tribunal do Júri permite que a sociedade participe da administração da justiça, o que confirma o regime democrático (ANSANELLI JÚNIOR, 2005, p. xxi). A administração da justiça diretamente pelo povo, por intermédio do Tribunal do Júri, é fruto do princípio democrático (RANGEL, 2015, p. 19). Segundo Mossin (2008, p. 188), a democracia permite que o povo, além de cooperar na formação das leis [mediante a escolha dos parlamentares], participe diretamente na sua aplicação [mediante o conselho de sentença]. Bobbio (1997) caracteriza a participação política do povo como liberdade positiva, quando o povo toma decisões, o que se relaciona a uma dimensão coletiva da sociedade. Na liberdade negativa, ao revés, o titular goza apenas de direitos, no mais das vezes, de feição negativa, a exemplo da liberdade de opinião. Sob essa óptica, a liberdade negativa está relacionada a uma concepção individual da sociedade, pois exalta o indivíduo, que é titular de direitos (BOBBIO, 1997, p. 62). Segundo Abramson (2015, p. 863), enquanto a liberdade negativa limita o governo, a liberdade positiva sucede mediante a participação na administração coletiva da coisa pública e em julgamentos coletivos. Nessa senda, o júri, na perspectiva do réu (liberdade negativa), representa uma garantia individual contra o arbítrio do Estado; na perspectiva do jurado (liberdade positiva), representa uma forma de exercer, de ser o próprio governo (*being in government*) (ABRAMSON, 2015, p. 863).

Devido à sua importância e especialidade, parte da doutrina nacional sustenta que o Tribunal do Júri não é órgão do Poder Judiciário, mas um órgão constitucional autônomo. Nesse sentido, Nassif⁷ observa que o Tribunal do Júri, além de não estar previsto no art. 92 da CF, não está submetido ao dever de fundamentar as suas decisões, o qual é exigível dos magistrados (art. 93, IX, da CF). E o fato de ele ser presidido por um magistrado não tem o condão de torná-lo órgão do Poder Judiciário. O raciocínio é o mesmo no caso dos crimes de responsabilidade (*impeachment*), em que o Senado, apesar de ser presidido pelo presidente do STF, não se converte em órgão do Poder Judiciário (NASSIF, 2008, p. 25-28).⁸

Diante desses argumentos, constata-se que o júri constitui e reforça a democracia ao permitir que o cidadão participe diretamente do governo, notadamente ao conceber a ingerência direta do cidadão na administração da Justiça. Portanto, o júri consiste em um verdadeiro instrumento da democracia participativa.

⁷ Viveiros (2003, p. 20-21) e Tubenchlak (1990, p. 9) acompanham Aramis Nassif ao negarem que o Tribunal do Júri seja um órgão do Poder Judiciário. Eles sustentam que o júri é um órgão autônomo, mediante o qual os jurados exercem sua cidadania. O próprio STF, na voz do seu Ministro Clóvis Ramalhete, afirmou que o “júri não pertence, não integra o Poder Judiciário. O júri é uma garantia constitucional do cidadão contra o Estado, a garantia de ser julgado no crime doloso contra a vida, pelos seus pares” (BRASIL, STF 1981)

⁸ Não se desconhece o posicionamento da doutrina no sentido de o Tribunal do Júri integrar o Poder Judiciário, a exemplo de Nucci (2015, p. 44-45) e Araújo (2010, p. 36-39). Contudo, a divergência perde importância para os fins deste trabalho porque todos reconhecem que o júri atina ao direito de o cidadão participar na administração da Justiça.

2.2 O ASPECTO DEMOCRÁTICO DO JÚRI EXIGE O CUMPRIMENTO IMEDIATO DA VONTADE DOS JURADOS

Apresentada a natureza jurídica do Tribunal do Júri – direito fundamental do réu e instrumento da democracia participativa –, observa-se que, como o povo é titular do Poder (tripartido em Executivo, Legislativo e Judiciário), ele tem direito a exercê-lo, na sua plenitude⁹. Por conseguinte, devem-se evitar restrições ao exercício desse direito, sob pena de ofensa direta à democracia. Vale dizer: a desconsideração da vontade da sociedade traduzida pela decisão do conselho de sentença enfraquece a democracia.

A magistratura popular¹⁰ decide tão bem e de forma tão confiável quanto decide a magistratura togada. A interpretação das leis e dos fatos não é privativa do Poder Judiciário. A rigor, existe uma “sociedade aberta de intérpretes” (HÄBERLE, 1997), a qual abrange inclusive os cidadãos e, portanto, os jurados. A interpretação consiste na integração do texto normativo à realidade, resultando na norma (GRAU, 2016, p. 18, 28). Por excelência, os jurados realizam atividade interpretativa quando, no caso concreto, julgam a subsunção dos tipos previstos nos arts. 121 a 128, todos do Código Penal, em relação ao fato praticado pelo réu. Assim, como os jurados – juízes leigos – estão constitucionalmente autorizados a interpretar, o frágil raciocínio de que a decisão proveniente deles não pode ser cumprida de pronto justamente porque eles são leigos no Direito é insubsistente.

⁹Essa mesma ideia é desenvolvida por Emerson Garcia (2016, p. 12): “Ao se reconhecer que o povo é o titular do poder, alcança-se a natural inferência de que compete a ele exercê-lo ou transferi-lo a terceiros que venha a escolher”.

¹⁰A expressão “magistratura popular” é utilizada por Mossin (2008, p. 206, 376) para designar o Tribunal do Júri.

A Constituição Federal outorgou soberania ao veredicto do júri (art. 5º, XXXVIII, c, da CF) para evitar uma limitação excessiva do direito de a sociedade participar na administração da Justiça e também por reconhecer a qualidade e a higidez da decisão dos jurados. Soberania está ligada à ideia de poder supremo, o qual, se exercido de forma coerente com os ideais do povo, não comporta restrição. De fato, “o júri e sua legitimidade democrática estão simbioticamente relacionados. Não basta haver um tribunal popular se ele, de fato, não for soberano [...]” (SEVERO; SILVA, 2017, p. 195). Logo, o que fundamenta a soberania dos veredictos do júri é o aspecto democrático deste. Por consequência, restrição ou supressão da soberania dos veredictos, mediante a possibilidade de questionar os motivos de mérito da decisão do conselho de sentença, implica redução da democracia.

Em momentos de absolutismos, com restrição da democracia como sistema de governo, a soberania do júri é diminuída ou afastada por completo (ANSANELLI JÚNIOR, 2005, p. 1, 7, 14, 29, 40, 221). Lempert (2015, p. 858) observa que, na década de 1930, quando o militarismo ascendeu ao poder no Japão, os julgamentos pelo júri desapareceram; após a Guerra Fria, a Rússia, que tinha robusta previsão legal para júris, praticamente eliminou essa forma de julgamento quando o autoritarismo do presidente Putin assumiu o controle. No mesmo sentido, Mossin (2008, p. 177) pondera que, na Alemanha, com a reforma de 1924, o júri foi abolido; na Itália, com o fascismo, o Código Processual Penal de 1930 substituiu o tribunal popular pela *Corte d’assise*.

No Brasil, também já se verificou essa redução da democracia correlata ao aumento do absolutismo. Durante o império, a decisão do júri não era soberana, já que dela cabia o recurso de apelação direcionado para a Relação do Distrito, que poderia ser interposto quando o juiz não se conformasse com a decisão dos juízes de fato, segundo o art. 301 do Código de Processo Criminal do Império (Lei de 29 de novembro de

1832)¹¹. A restrição à soberania do júri perdurou com a Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, que reformou o Código de Processo Criminal então vigente. Segundo o art. 79, § 1º, dessa Lei, o juiz poderia apelar de ofício se ele entendesse “que o Jury proferio decisão sobre o ponto principal da causa, contraria à evidencia resultante dos debates, depoimentos, e provas perante elle apresentadas”. Já a Constituição da República de 1891 previa, no § 31 do seu art. 72, que ficava “mantida a instituição do júri”. Previsão similar havia na Constituição da República de 1934, no seu art. 72. Como, nessa época, segundo Ary Franco (1950, p. 8), vigorava o regime da dualidade processual, segundo o qual cada Estado tinha competência para elaborar leis de direito processual, o Tribunal do Júri era regulado diversamente em cada unidade da federação, mas com a tendência de restrição da sua competência. Por sua vez, a Constituição da República de 1937, que inaugurou o Estado Novo, com inclinação ditatorial, foi omissa quanto ao Tribunal do Júri, o que gerou, segundo Ary Franco (1950, p. 10), dúvida sobre a subsistência do júri. Essa dúvida foi afastada com a edição do Decreto-Lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938, o qual, a despeito de reconhecer a existência do Tribunal do Júri, eliminou, por completo, a sua soberania, ao prever: a) consoante observado por James Tubenchlak (1990, p. 7), no seu art. 92, *b*, o cabimento de apelação contra a decisão do júri por “injustiça da decisão, por sua completa divergência com as provas existentes nos autos ou produzidas em plenário”; e b) no seu art. 96, conforme observado James Tubenchlak (1990, p. 7) e por Hermínio Porto (1996, p. 48), que, se o “Tribunal de Apelação se convencer de que

¹¹ Art. 301. Das sentenças proferidas pelo Jury não haverá outro recurso senão o de appellação, para a Relação do Districto, quando não tiverem sido guardadas as formulas substanciaes do processo, ou quando o Juiz de Direito se não conformar com a decisão dos Juizes de Facto, ou não impuzer a pena declarada na Lei (BRASIL, 1832).

a decisão do júri nenhum apêlo encontra nos autos, dará provimento à apelação, para aplicar a pena justa, ou absolver o réu, conforme o caso”. Na sequência, sobreveio a Constituição da República de 1946, que, com maior pendor democrático, previu, no seu art. 141, § 28, que ficava mantida a instituição do júri, garantida a soberania dos veredictos. Contudo, nova restrição à democracia – e à soberania do júri – sobreveio com a ditadura militar: apesar de a Constituição da República de 1967 prever, inicialmente, no seu art. 150, § 18¹², que eram mantidas a instituição e a soberania do júri, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, no seu art. 153, § 18¹³, suprimiu a referência à soberania, o que permitiu entendimento pelo seu afastamento, segundo Hermínio Porto (1996, p. 50). Apenas com o restabelecimento pleno da democracia, a Constituição da República de 1988 resgatou a soberania do Tribunal do Júri, no seu art. 5º, XXXVIII, c.

A soberania do júri representa o objetivo do constituinte originário de conferir às decisões do júri popular o “caráter de inalterabilidade por parte do Poder Judiciário ou de qualquer outro órgão do Estado. Visou-se impedir que o conteúdo das decisões do órgão do povo pudesse ser modificado pelos juízes profissionais” (VIVEIROS, 2003, p. 23). Por essa razão, a apreciação do fato criminoso é de competência exclusiva do conselho de sentença, tanto que as hipóteses de recurso cabível contra a decisão do júri são mais restritas, de fundamentação vinculada¹⁴ a uma das quatro situações do art. 593, III,

¹² § 18. São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 1967).

¹³ § 18. É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 1969).

¹⁴ Sobre a fundamentação vinculada da apelação, Nucci (2015, p. 473) observa: “Não se apresenta apelação, no contexto do Tribunal do Júri, por qualquer razão ou

do CPP, ou seja, quando: *a*) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; *b*) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; *c*) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; e *d*) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. Dessas quatro hipóteses, apenas a prevista na alínea *d* permite a revisão – parcial – do entendimento dos jurados quanto à materialidade e à autoria do crime, e somente quando a decisão for *manifestamente* contrária à prova dos autos. Segundo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), “[d]ecisão manifestamente contrária às provas dos autos é aquela que não encontra amparo nas provas produzidas, destoando, desse modo, inquestionavelmente, de todo o acervo probatório” (BRASIL, STJ, 2017c). Nesse caso, entretanto, para garantir a soberania do júri, a revisão do entendimento dos jurados é apenas parcial, pois o tribunal *ad quem* se limita a fazer o juízo rescindendo e determina o retorno dos autos a um novo conselho de sentença, o qual apreciará o fato e decidirá, operando o juízo rescisório (art. 593, § 3º, do CPP). Percebe-se, portanto, que a decisão dos jurados nunca será substituída pela decisão do tribunal *ad quem*. Ademais, como não cabe nova apelação por esse mesmo motivo (art. 593, § 3º, *in fine*, do CPP), a conclusão do conselho de sentença, nesse segundo julgamento, não pode mais ser alterada, no mérito.

De fato, a inalterabilidade da conclusão dos jurados sobre o fato criminoso sob julgamento decorre da soberania dos veredictos. Todavia, na medida em que o júri representa um instrumento da democracia participativa, o raciocínio deve ir além. Não basta somente que a decisão dos jurados seja irrevisável. Avançando, não devem ser admitidas

inconformismo, mas somente nos casos enumerados nas alíneas do inciso III do art. 593”.

manobras, quaisquer que sejam, tendentes a restringir a participação popular na administração da Justiça Criminal.

Uma dessas conformações inadmissíveis que afrontam a soberania consiste justamente em não conferir efeito imediato à vontade soberana dos jurados quando eles decidem pela condenação do réu. O não cumprimento imediato da decisão condenatória do conselho de sentença constitui séria e inadmissível ofensa à democracia. A execução imediata da decisão condenatória do conselho de sentença é corolário do exercício da função dos jurados (cidadãos) de julgar. Essa decisão, em função da sua soberania, é irrevisável no tocante à conclusão dos jurados sobre o fato criminoso julgado (materialidade e autoria), observada, contudo, a hipótese especial da apelação fundada no art. 593, III, *d*, do CPP, já explicada acima. Mesmo nessa exceção, contudo, impõe-se a elisão do efeito suspensivo da eventual apelação em nome da defesa da democracia, considerando principalmente a interpretação restritiva sobre o conceito de decisão *manifestamente* contrária às provas dos autos, que vem a ser aquela que não encontra amparo em nenhuma vertente probatória passível de ser extraída do processo.

Do contrário, o poder, incluindo o jurisdicional – que emana do povo (art. 1º, parágrafo único, da CF) – será um poder capenga: a sociedade pode decidir, mas não pode fazer cumprir imediatamente a sua vontade. Qual a serventia da titularidade do poder, então?

De outra parte, a parcela de responsabilidade do conselho de sentença pela sentença condenatória exige o seu cumprimento imediato. Ora, se os jurados – e apenas eles – são responsáveis pela decisão quanto ao fato criminoso, e porque essa decisão não pode ser modificada pelos magistrados togados, ela deve ser cumprida imediatamente. A propósito, com mais razão ainda, o entendimento deve ser o mesmo para a hipótese de absolvição pelo conselho de sentença: inexistente alternativa que permita a continuidade da prisão eventualmente já decretada.

Registra-se que a prisão imediata do réu condenado já era consequência decorrente da soberania do júri prevista no processo penal romano, provavelmente a primeira forma de julgamento colegiado, pelo sistema do júri, que o mundo conheceu. Nesse processo, “a sentença era (aliás, só podia ser...) emitida com base na votação [dos jurados], e não ficava sujeita a qualquer espécie de revisão, exceto à *restitutio in integrum*, pronunciada por magistrado superior”, em casos de vícios formais apenas, como a incompetência do órgão julgador, mas nunca com reapreciação do fato (TUCCI, 1999, p. 15-16).

Também se argumenta que a força normativa da Constituição Federal exige o cumprimento imediato da decisão do conselho de sentença. Com efeito, a Constituição tem uma pretensão de eficácia consistente em imprimir ordem e conformação à realidade. Quando essa pretensão de eficácia é realizada, a Constituição adquire a sua força normativa. Para tanto, ela impõe tarefas aos seus destinatários. E a Constituição adquire força ativa quando essas tarefas são realizadas, quando existe disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida (HESSE, 1991, p. 11-19). Portanto, se a Constituição Federal privilegia a democracia e, para tanto, garantiu a soberania ao Tribunal do Júri, a decisão dos jurados deve ser cumprida imediatamente. Quando isso ocorre, a Constituição demonstra a sua verdadeira força normativa.

Na medida em que o Brasil é uma República Democrática, a Constituição Federal, naturalmente, impõe a todos o dever-função de resguardar a democracia. Especificamente quanto ao Poder Judiciário, este deve direcionar a sua interpretação sobre o ordenamento jurídico para a defesa da democracia. Nesse ponto, “a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma” (HESSE, 1991, p. 22). Por

consequência, a ótima concretização da norma que prevê a soberania das decisões do júri exige que elas sejam cumpridas de imediato, sem a necessidade de aguardar o julgamento de eventual recurso interposto contra elas. Assim, a “vontade de Constituição” (HESSE, 1991) demanda do Poder Judiciário que execute imediata e provisoriamente a decisão condenatória dos jurados e que eventual recurso interposto contra a decisão do júri seja recebido apenas no efeito devolutivo.

Por outro lado, dada a semelhança do júri com o plebiscito e o referendo, especialmente a sua feição democrática como instrumento da democracia participativa, o mesmo tratamento deve ser aplicado a esses três institutos. Assim, como se confere efeito imediato ao resultado do plebiscito e do referendo – depois da votação, o cumprimento do resultado não fica no aguardo nenhuma “chancela” posterior –, o mesmo procedimento deve ser adotado quanto à decisão do Tribunal do Júri. Não há sentido em submeter a eficácia da decisão soberana do conselho de sentença a um tribunal que não tem competência para reformá-la, mas, quando muito, apenas para anulá-la.

O respeito à soberania do veredicto do júri é obtido quando a vontade soberana dos jurados é cumprida, desde logo. Portanto, na hipótese de decisão de condenação do réu, a prisão deste deve ser imediata. O caráter democrático do Tribunal do Júri exige o cumprimento imediato da sua decisão, ainda que em caráter provisório.

Não obstante, não é apenas porque a decisão do conselho de sentença provém da maioria e porque é irrevisável, no mérito, pelo tribunal *ad quem*, que a execução provisória da pena, no júri, deve ocorrer. A rigor, a democracia, ao exigir liberdade e igualdade entre todos, também é constituída pelo respeito aos direitos fundamentais, inclusive os da minoria. É exatamente por isso que, no caso do júri, para a execução provisória do réu condenado (minoridade), se exige o respeito ao devido processo legal, como se passa a demonstrar.

3 OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA CUMPRIR A DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

Segundo Ferrajoli¹⁵, o *princípio da mera legalidade* exige que o exercício de qualquer poder tenha por fonte a lei como condição formal de legitimidade. Esse princípio conduz ao Estado de Direito, no qual o Estado é limitado pela lei, seja qual for o conteúdo material desta. Daí advém o conceito de *democracia formal* ou política de Ferrajoli, que cuida do “Estado político representativo”, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade (FERRAJOLI, 2014, p. 789-799). Ocorre que a simples observância da lei, independentemente do seu conteúdo material, bem como do princípio majoritário, não garante o respeito aos direitos fundamentais. A maioria pode ser tirana, como exemplifica Barroso (2015, p. 321): “Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número”. “Aliás, maioria não é princípio; constitui simples técnica de que se serve a democracia para tomar decisões governamentais no interesse geral, e não no interesse da maioria, que é circunstancial” (SILVA, J., 2002, p. 130). Por essa razão, mesmo regimes autoritários, a exemplo do nazismo, constituíam Estados de Direito, já que pautados pela legalidade.

¹⁵ É possível a utilização da doutrina de Ferrajoli para sustentar o pensamento deste trabalho. Se for realizada uma leitura integral do garantismo de Ferrajoli, ou seja, o garantismo integral, em oposição ao garantismo hiperbólico monocular (FISCHER, 2009, p. 14-15), tem-se que o poder público, além de garantir os direitos negativos dos indivíduos (conduta omissiva do Estado), deve promover os direitos positivos de todos (conduta ativa do Estado), entre os quais está a segurança pública. O equilíbrio entre essas condutas omissiva e ativa, por parte do Estado, justifica a execução provisória da pena, no âmbito do Tribunal do Júri, logo após a decisão condenatória do conselho de sentença.

Diante da insuficiência da democracia formal, Ferrajoli (2001) propõe a *democracia substancial*, na qual o Estado de Direito é dotado de efetivas garantias liberais e sociais. A democracia substancial “le viene impuesta por los principios constitucionales, que vinculan el contenido de las leyes, condicionando su validez sustancial a la garantía de los derechos fundamentales de todos” (FERRAJOLI, 2001, p. 27). Com facilidade, percebe-se que a democracia substancial se vincula ao princípio da estrita legalidade, o qual exige que a legalidade formal também “condicione a legitimidade do exercício de qualquer poder por ela instituído a determinados conteúdos substanciais” (FERRAJOLI, 2014, p. 791).

Barroso (2015, p. 428-429) destaca que a democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria, pois existem “outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados”.

Por essa razão, os direitos da minoria devem ser preservados pela maioria. Justamente nesse ponto podem surgir pontos de tensão na democracia, se for analisada apenas sob o seu aspecto formal: “a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição” (BARROSO, 2015, p. 113). O respeito aos direitos da minoria revela que a maioria, como critério isoladamente considerado, é insuficiente para caracterizar a democracia.

A propósito, Canotilho (2003, p. 297) sustenta que há uma conexão intrínseca entre os princípios democrático e majoritário. Apesar de a democracia ter como suporte ineliminável o princípio majoritário, não se cogita do “absolutismo da maioria”, tampouco o domínio da maioria. Com efeito, à maioria não é dado dispor sobre toda a legalidade, ou seja, não lhe é facultado, pelo simples fato de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível, como ocorre com os direitos que são

protegidos constitucionalmente. Nessa hipótese, o princípio da constitucionalidade sobrepuja-se ao princípio da maioria.

Traduzindo essas constatações para o Tribunal do Júri, percebe-se que o simples fato de eventual decisão condenatória do réu ser proveniente da maioria dos jurados não justifica, por si só e automaticamente, a execução provisória da pena. Fosse assim, bastaria aumentar o número de jurados de cada conselho de sentença para, segundo o *teorema do júri de Condorcet*¹⁶, obter um grau próximo da certeza na condenação ou na absolvição do réu.

De fato, além da exigência do respeito à legislação processual penal e do afastamento da possibilidade de tirania da maioria¹⁷ (jurados),

¹⁶ Marquis de Condorcet, em 1785, desenvolveu o seu teorema do júri para analisar a probabilidade de um grupo de indivíduos chegar a uma decisão correta, considerando a existência de apenas duas escolhas (uma correta e outra errada). Embora esse teorema leve em consideração o sistema do júri inglês, em que há apenas duas escolhas possíveis – *guilty* ou *not guilty* –, ele pode ser aplicado ao júri brasileiro, pois a resposta negativa aos dois primeiros quesitos (materialidade e autoria – art. 483, I e II, do CPP) e a positiva ao terceiro (“O jurado absolve o acusado?” – art. 483, § 2º, do CPP) equivale ao *not guilty*, enquanto o oposto equivale a *guilty*. Partindo do pressuposto de que os votantes têm uma probabilidade maior de escolher a resposta correta em relação à errada, quanto mais votantes existirem, maior será a probabilidade de a escolha final do grupo ser a correta (CONDORCET’S..., 2017).

¹⁷ Alexis de Tocqueville (1989, p. 133-134), ao observar a democracia nos Estados Unidos da América, reclamava alguma forma de controle sobre ela para evitar a “tirania da maioria”: “Tomada coletivamente, maioria é apenas um indivíduo cujas opiniões e, freqüentemente, interesses são opostos aos de outro indivíduo, intitulado minoria. Se se admite que um homem possuindo poder absoluto pode usar, erradamente, esse poder fazendo mal a seus adversários, por que não será a maioria passível da mesma censura? [...] Sou, portanto, de opinião que o poder social superior a todos os outros deve ser sempre colocado em algum lugar; mas julgo que a liberdade está em perigo quando esse poder não encontra obstáculos que possam retardar seu curso e lhe dar tempo para moderar sua própria veemência. O poder ilimitado é, em si próprio, uma coisa má e perigosa”.

deve-se analisar se a execução provisória da pena, no âmbito do júri, é, *de per si*, uma medida justa. Vale dizer: a execução provisória da pena deve seguir a democracia formal e a substancial.

Para tanto, exsurge o princípio do devido processo legal como parâmetro de regularidade do exercício do poder. As feições procedimental e substancial desse princípio atestam a pertinência da execução provisória da pena, no júri, pois permitem concluir que a execução provisória da pena respeita as exigências da democracia formal e da substancial.

Silveira (2001, p. 236) pondera que o devido processo legal “evoluiu como um precioso instrumental, manejável através do Judiciário, como modo de contenção do poder do chefe de governo, visando evitar o cometimento de arbitrariedades, como retirar de qualquer membro da comunidade seu direito à vida, liberdade ou propriedade”.

Em uma primeira visão, o devido processo legal remonta ao: a) direito ao contraditório e à ampla defesa; b) direito ao juiz natural; c) direito à exclusão das provas ilícitas; e d) direito a não ser preso a não ser por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. Ademais, o devido processo legal atina à exigência de um *fair trial*, no sentido de que, respeitando-se as normas, as partes envolvidas num processo judicial (ou administrativo) não sejam surpreendidas (MENDES; BRANCO, 2016, p. 565-566).

Com efeito, o objetivo do devido processo legal é evitar que a parte sucumbente no processo, judicial ou administrativo, seja colhida de surpresa. Esta pode ocorrer quando: a) não se permite a ela contradizer as provas apresentadas pela parte adversária (contraditório) ou não se permite a ela ser patrocinada por advogado e produzir provas a seu favor (ampla defesa); b) ela é julgada por um tribunal de exceção ou por um juízo incompetente para a causa (juiz natural); c) ela sucumbe com base

na utilização de provas ilícitas contra ela; e d) ela é recolhida presa sem ordem da autoridade competente.

Percebe-se que esse conceito de devido processo legal tem forte conotação formal, já que exige somente a observância de um procedimento para o julgamento. Nesse sentido, Silveira (2001, p. 240-241) rotula o devido processo legal como *formal* ou *procedimental* (*procedure due process of law*), pelo qual se afere “a aplicação do princípio da igualdade dentro de uma ação em curso, notadamente pela garantia de defesa prévia, com iguais oportunidades para a prática de todos os atos processuais, o que inclui o contraditório, falando o réu por último”.

Nesse ponto, argumenta-se que o *devido processo legal procedimental* autoriza a execução provisória da pena, no júri. Fundamentalmente, o réu não é colhido de surpresa ao ter a sua prisão determinada após a sua condenação. Para essa demonstração, adaptam-se os argumentos já escritos, noutros lugares, em relação à execução provisória, após o encerramento das instâncias ordinárias (KURKOWSKI, 2017b, p. 246-248; KURKOWSKI; PIEDADE, 2017, p. 128-131). Em síntese, a execução provisória da pena, no júri, respeita o contraditório porque o réu e seu advogado são intimados previamente durante todas as fases do procedimento bifásico do júri, sendo garantida a eles a possibilidade de contradizer todas as alegações do Ministério Público¹⁸. Observa mais do que a ampla, mas a plena defesa¹⁹, porque,

¹⁸No Brasil, à exceção da ação penal privada subsidiária ou supletiva (art. 5º, LIX, da CF), o Ministério Público figura, sempre, como autor da ação penal pública, por ser o titular privativo dela (art. 129, I, da CF).

¹⁹Segundo Nucci (2015, p. 27), “[a]mplo é algo vasto, largo, copioso, enquanto pleno equivale a completo, perfeito, absoluto”. Esse autor exemplifica a precisa diferença ampla defesa e plena defesa. No processo criminal comum, caso a defesa técnica não atue convenientemente e deixe indefeso o réu, o magistrado, se puder absolver este com base em outros fundamentos que não os aduzidos pela defesa, deve prolatar a sentença absolutória em vez de desconstituir o defensor a intimar o réu para constituir

antes da condenação, é garantida a autodefesa ao réu, mediante o seu interrogatório e porque, antes e depois da condenação, a defesa técnica persiste atuando. Respeita o juízo competente porque o juiz natural, nos crimes dolosos contra a vida, é o Tribunal do Júri. Igualmente é respeitado o princípio do duplo grau de jurisdição, o qual é satisfeito mesmo nas ações penais originárias e no júri porque ele se contenta com o julgamento por um órgão colegiado, mesmo que originário (FISCHER, 2009, p. 16).

Acrescenta-se também que a execução provisória da pena, no júri, respeita a vedação à utilização de provas ilícitas, já que esse tipo de prova não é admitido para qualquer finalidade, no Direito. Ela cumpre, por fim, a necessidade da expedição da ordem de prisão pela autoridade competente, já que o juiz expede o respectivo mandado em cumprimento à vontade soberana dos jurados.

Por outro lado, a soberania dos veredictos do júri reclama um procedimento penal qualificado, especial em relação ao procedimento penal comum, utilizado pelos juízos singulares. Para cumprir essa exigência, o legislador infraconstitucional dividiu o procedimento dos crimes dolosos contra a vida em duas fases: a) juízo de acusação, que pode ser finalizado mediante a rejeição da denúncia (art. 395 do CPP), a impronúncia do réu (art. 414 do CPP), a absolvição sumária do réu (art. 415 do CPP), a desclassificação para crime que não seja doloso contra a vida (art. 419 do CPP) ou a pronúncia do réu (art. 413 do CPP); e b) juízo da causa, que termina com a desclassificação do crime doloso contra a vida ou a absolvição ou a condenação do réu (art. 492 do CPP).

um novo. Diversamente, no júri, essa atuação do juiz presidente é vedada frente a um desempenho ruim do defensor, já que o juiz natural é, justamente, o conselho de sentença. Diante da alta probabilidade de que os jurados condenem o réu cujo defensor sustentou apenas teses divergentes das suas, o juiz presidente deve declarar o réu indefeso e repetir a sessão de julgamento.

Exclusiva que é do rito dos crimes dolosos contra a vida, a pronúncia contribui para o cabimento da execução provisória da pena, em caso de condenação do réu. A pronúncia é a única via para inaugurar a fase do juízo da causa. Um dos principais motivos para a existência da pronúncia consiste na proteção do réu, no sentido de evitar o erro judiciário caracterizado por uma condenação injusta (NUCCI, 2015, p. 86). Vicente Greco Filho (1999, p. 118) observa que, dada a ausência de fundamentação da decisão jurados, a função da pronúncia é a de “impedir que um inocente seja submetido aos riscos do julgamento social irrestrito e incensurável”. Por isso, Paulo Rangel (2015, p. 146) qualifica a pronúncia como um “instrumento de garantia do acusado”.

A pronúncia, um verdadeiro segundo de juízo de prelibação sobre a acusação, constitui um filtro em favor do réu muito mais eficiente do que a fase de recebimento da denúncia. Esta também é instituída pró réu, pois visa a impedir que denúncias infundadas sejam deduzidas contra o réu, razão pela qual pode ser classificada como um primeiro juízo de prelibação sobre a acusação. A existência tão só de simples *elementos de informação* (ou *elementos de convicção*)²⁰ colhidos ao longo da fase de investigação é suficiente para deflagrar a ação penal mediante decisão irrecorrível, no procedimento comum. Diversamente, a pronúncia exige prova – judicializada – da materialidade e indícios

²⁰“A opção feita pela expressão ‘produção e colheita de elementos de convicção’, em vez de ‘produção e colheita de provas’, justifica-se ao se considerar que os elementos de convicção colhidos na fase pré-processual, anterior à formalização da acusação, sem a participação da defesa e do juiz, não são provas – ou, mais precisamente, são provas apenas em sentido lato, mas não em sentido estrito. [...] Com isso não se quer afirmar a imprestabilidade de tais evidências para um julgamento penal; apenas se quer reafirmar a absoluta necessidade de submissão de todos os elementos de convicção ao contraditório e à ampla defesa”. (CALABRICH, 2015, p. 126-127).

suficientes, sérios, de autoria ou participação do réu²¹ bem como comporta recurso até o Supremo Tribunal Federal. Simples elementos de informação colhidos ao longo da fase de investigação, ao término do *judicium causae*, se inexistente qualquer prova judicial, não permitem o prosseguimento do processo, como ocorre com o recebimento da denúncia. Percebe-se, portanto, que a pronúncia exige prova produzida na fase judicial, perante o juiz natural, seguindo o devido processo legal e garantindo o contraditório ao réu, para permitir que o réu seja julgado pelo conselho de sentença.

Por consequência, o conselho de sentença não julga “aventuras jurídicas”, e inexistente o risco de os jurados incorrerem numa tirania ao condenar, sem motivos, o réu. De fato, em um exemplo hipotético, se nenhuma prova for produzida após a pronúncia, já existe um lastro que probatório que, constituindo indícios *suficientes* de autoria ou participação, permite tanto a condenação quanto a absolvição do réu, tudo a depender da íntima convicção dos jurados. Nesse caso, eventual condenação pelos jurados não poderá caracterizar decisão manifestamente contrária às provas, justamente porque a pronúncia já reconheceu a existência de uma vertente probatória suficiente para a condenação²². Apenas se o réu produzir novas provas, perante o plenário, que afastem, por completo, os indícios antes *suficientes*, a condenação pelos jurados representará um absolutismo, uma verdadeira tirania. Basta pensar num

²¹Eugênio Pacelli e Douglas Fischer (2012, p. 848) são incisivos, neste ponto: “na pronúncia há de se ter *certeza* da *materialidade* e *indícios* suficientes de autoria ou de participação do agente”.

²²No mesmo sentido, James Tubenchlak (1990, p. 149) é percutiente: “pronunciado o réu, se ao final da segunda fase probatória, – a do *judicium causae* – os Senhores Jurados entenderem que o réu é realmente culpado, este jamais poderá lograr êxito em recurso de apelação fundada em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, porquanto o Júri nada mais fez do que aceitar e referendar a vertente probatória já realçada na pronúncia”.

exemplo em que, movida por determinado tipo de preconceito, a maioria dos jurados condene o réu, a despeito de ele haver produzido provas incontestes sobre a sua inocência. Mesmo nesse caso, o procedimento especial do júri (devido processo) apresenta a solução: bastará ao réu, ou ao próprio Ministério Público (na condição de *custos legis*), interpor apelação com base no art. 593, III, *d*, do CPP (decisão manifestamente contrária à prova dos autos). No exemplo em tela, essa apelação será, necessariamente, provida, de forma a não se permitir que a injustiça da condenação movida por preconceito prevaleça.

Ainda nesse exemplo, para impedir a execução provisória da pena, bastará a impetração de *Habeas Corpus* ou a apresentação de pedido liminar nesse sentido na apelação interposta em seu favor. Também, o próprio juízo sentenciante poderá conceder, de ofício, a ordem de *Habeas Corpus*, com base no art. 654, § 2º, do CPP, diante da flagrante ilegalidade ocorrida. Além disso, a heterointegração do CPP com o Código de Processo Civil (Lei nº 13.102/2015), sobretudo com o art. 995, parágrafo único²³, permite que o desembargador-relator suspenda a decisão condenatória.

Dessa sorte, o devido processo legal formal, além de impedir que o réu seja surpreendido com a ordem de prisão, obsta o absolutismo de eventual maioria formada entre os jurados do conselho de sentença.

Não obstante, o devido processo legal procedimental, atrelado à democracia formal, é, isoladamente considerado, insuficiente para garantir um processo penal verdadeiramente democrático. De acordo

²³Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se dá imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso (BRASIL, 2015).

com Rogério Schietti Cruz (2014, p. 173, 223), um processo penal que se possa adjetivar de democrático reclama o equilíbrio entre, de um lado, a aspiração social por um maior grau de eficiência do sistema punitivo por intermédio da diminuição da morosidade processual e da impunidade e, de outro, a proteção do indivíduo, já que uma *democracia substancial* é avessa ao expansionismo e ao uso simbólico do Direito Penal.

Para tanto, vem à tona o *devido processo legal material ou substantivo*, que dá azo à democracia substancial e, no caso, justifica a execução provisória da pena no Tribunal do Júri. Mediante essa dimensão substantiva, “o Judiciário, no exercício do seu poder político constitucional, controla a própria essência da lei, ou seja, a justiça, pois a Constituição é ontologicamente justa (logo, a lei injusta é inconstitucional)” (SILVEIRA, 2001, p. 241). Assim, o Poder Judiciário controla o aspecto material do ato normativo, ou seja, se a providência que dele resulta é correta, enfim, justa. Para esse controle dos atos administrativos e legislativos do poder público, o Poder Judiciário serve-se do princípio da proporcionalidade²⁴, que “não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça” (BARROSO, 2015, p. 340). Assim, “o princípio da proporcionalidade vincula tanto o legislador (em abstrato) quanto o juiz (em concreto)” (FELDENS, 2012, p. 150), entendimento que tem ressonância no STF (BRASIL, STF, 1996; BRASIL, STF, 2002).

²⁴Desborda deste trabalho a análise da natureza jurídica da proporcionalidade. No entanto, este artigo adota a posição de Humberto Ávila (2004, p. 88, 89, 112, 113)., no sentido de que a proporcionalidade consiste em um postulado normativo, pois, não tendo um fim em si mesmo, serve apenas como estrutura para aplicação de outras normas.

Segundo Karl Larenz (1997, p. 603), a proporcionalidade, ao buscar a “justa medida” para atingir o equilíbrio entre os direitos e/ou bens que colidem entre, “tem uma relação estreita com a ideia de justiça”.

A decisão judicial que, após a condenação pelo conselho de sentença, cumprindo a vontade soberana dos jurados, determina a prisão do réu é justa? Nessa hipótese, verifica-se, fundamentalmente, uma colisão entre a presunção de inocência ou de não culpabilidade²⁵, que constitui princípio, e a segurança pública, que se traduz em parâmetro de integração e de interpretação, objetivo da República, direito fundamental individual, direito social fundamental e dever do Estado (KURKOWSKI, 2017b, p. 244). Para resolver essa colisão, utiliza-se a proporcionalidade como técnica de ponderação.

A proporcionalidade busca resolver a colisão envolvendo princípios e/ou bens coletivos (ALEXY, 2014, p. 181-182). Nesse sentido, a primeira ferramenta a ser observada consiste no caráter *prima facie* dos princípios: “[p]rincípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Assim, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*” (ALEXY, 2015, p. 103-104). É em função dessa característica que os princípios são mandamentos de otimização, “que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida da sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas,

²⁵Este trabalho segue a linha doutrinária, a exemplo de Nucci, que considera presunção de não-culpabilidade e presunção de inocência sinônimos (NUCCI, 2006, p. 53). Não é escopo do presente trabalho definir, à exaustão, o conceito do princípio da presunção de inocência. Este, fundamentalmente, atina ao ônus da prova e impõe ao órgão acusador a ônus de produzir as provas necessárias à condenação do acusado. O réu, por sua vez, está completamente desonerado da produção de provas sobre a sua inocência. No mais, para uma análise mais completa sobre o princípio em tela, conferir KURKOWSKI; PIEDADE, 2017, p. 133.

mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2015, p. 90). Consequência: nenhum princípio tem valor absoluto, já que, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, ele apresenta um grau de satisfação variável.

Não obstante, na colisão, observada a variabilidade segundo as condições fático-jurídicas no grau de satisfação dos direitos e/ou bens que se imbricam, é necessário respeitar a concordância prática na ponderação a ser realizada. A concordância prática, segundo Humberto Ávila (2004, p. 96), consiste no “dever de realização máxima de valores que se imbricam”.

A proporcionalidade, instituto decorrente do direito alemão e que se transformou em um dos pilares do Estado de Direito Democrático (SARLET, 2004, p. 3), pode ser estudada sob o prisma da proibição de excesso (*Übermassverbot*), de cunho negativo, ou seja, uma ferramenta para aferir se a intervenção restritiva por parte do Estado, na esfera do indivíduo, é legítima. Almeja-se evitar que o Estado intervenha de forma excessiva, desarrazoada, sobre o indivíduo. Para tanto, são analisadas três máximas (ou subprincípios) da proporcionalidade: adequação (o meio promove o fim?); necessidade (entre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?); e proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?) (ÁVILA, 2004, p. 90).

No entanto, cada vez mais se enfatiza a importância da proporcionalidade enquanto instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *Übermassverbot*, ou seja, proibição de excesso; já há algum tempo, fala-se também em *Untermassverbot*, que pode ser traduzido como proibição de insuficiência (SILVA, L., 2002, p. 41). A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição do excesso, pois está vinculada a

um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais oriundas de terceiros (SARLET, 2004, p. 3).

Segundo Claus-Wilhelm Canaris (2012), a proibição de insuficiência, expressão criada por ele e adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, envolve dois níveis sucessivos entre si: o imperativo de tutela (ou dever de proteção) e a proibição de insuficiência propriamente considerada. No primeiro nível – dever de proteção (“se” existe o dever de proteção) –, analisa-se se existe um dever de o Estado proteger determinado direito. No segundo nível – proibição de insuficiência (“como” se realiza o dever de proteção) –, a que se chega apenas em caso de constatação positiva do primeiro, avalia-se se as medidas adotadas para a proteção do direito são suficientes para a sua finalidade. Tais medidas, tendo em vista o seu cunho regulamentador, não são de competência da Constituição, mas da legislação ordinária. É exatamente aqui que desponta a vinculação do próprio Poder Judiciário à proibição de insuficiência: a interpretação e a integração do direito são tarefas atribuídas ao Poder Judiciário, as quais são essenciais para a realização do imperativo de tutela dos direitos fundamentais. Se o juiz não cumprir a sua tarefa, “se verificaria um inconstitucional déficit de proteção, e, portanto, uma violação da proibição de insuficiência” (CANARIS, 2012, p. 124).

Um estudo completo sobre a aplicação dos três subprincípios da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – em relação à proibição da insuficiência foi apresentado por Pulido (2013, p. 134). Após analisar a adequação – se a restrição a um direito fundamental promove ou não a finalidade – e a necessidade – qual, entre todas as medidas, é a menos restritivas –, ele conclui quanto à proporcionalidade em sentido estrito:

Uma abstenção legislativa ou uma norma legal que não proteja um direito fundamental de maneira ótima vulnera as exigências do princípio da proporcionalidade em sentido estrito quando o grau de favorecimento do fim legislativo (a não intervenção na liberdade) é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção [...] Está proibido que a intensidade em que não se garanta um direito de proteção seja intensa e que a magnitude da não intervenção na liberdade ou em outro direito de defesa seja leve ou média, ou que a intensidade da não proteção seja média e a não intervenção seja leve (PULIDO, 2013, p. 134).

No caso em tela, a análise a ser realizada deve considerar a seguinte colisão: de um lado, o valor liberdade representado pela presunção de inocência, a qual, constituindo princípio (mandado de otimização), comporta gradação segundo as condições fático-jurídicas; de outro lado, a segurança pública, que exige a privação da liberdade, inclusive em tempo razoável²⁶, do sujeito cuja culpabilidade já foi reconhecida de forma soberana pelo júri. Como harmonizar os valores envolvidos nessa colisão, garantindo que cada um deles seja realizado na sua medida máxima possível? Por intermédio da ponderação realizada pela proporcionalidade.

A proporcionalidade como proibição do excesso atrela-se à presunção de inocência. Ao longo da marcha do processo penal, as

²⁶ A razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) é direito fundamental de *todos* (art. 5º, *caput*, da CF), inclusive da vítima. Por isso, “é possível argumentar, com facilidade, que a demora excessiva do processo viola o direito de ambas as partes, do acusado ou do investigado, que dispõe do direito de ter a sua condição jurídica definida em tempo razoável, e igualmente da vítima, uma vez que a demora excessiva representa uma Justiça tardia e, portanto, ineficaz à violação de seus direitos” (MORO, 2014, v. 1, p. 566).

condições fático-jurídicas alteram-se. No momento da investigação policial, do oferecimento da denúncia e da instrução do processo, a presunção de inocência tem um peso maior porque não há uma determinação sobre a culpabilidade do réu, razão por que a sua prisão é apenas permitida sob a forma cautelar: prisão temporária, regulamentada pela Lei nº 7.960/1989, ou prisão preventiva, disposta no art. 311 do CPP. A execução provisória, nessa fase, apesar de *adequada*, não é *necessária*, tampouco *proporcional em sentido estrito*.

Todavia, esse quadro fático-jurídico é sensivelmente alterado após a condenação pelo conselho de sentença, quando sucede um juízo soberano e, nos casos da apelação interposta com base no art. 593, III, *a*, *b* e *c*, do CPP, definitivo sobre a culpabilidade do réu. Nessas hipóteses, ocorre o trânsito em julgado do capítulo da sentença relativo à culpabilidade do réu, o que autoriza a execução da pena (KURKOWSKI, 2017a). Mesmo no caso da interposição de apelação com base no art. 593, III, *d*, do CPP (decisão manifestamente contrária à prova dos autos), a soberania da decisão condenatória dos jurados decorrente do caráter democrático do júri demanda a elisão do efeito suspensivo dessa apelação, o que autoriza a execução provisória da pena.

Então, após a condenação do réu pelo conselho de sentença, a presunção de inocência passa a ter um peso inferior em relação à segurança pública, restando justificada a execução provisória, a qual ostenta adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por sua vez, a proporcionalidade como proibição da proteção insuficiente também se atrela à presunção de inocência. O Estado deve proteger de forma suficiente a liberdade do réu, o que é feito mediante a presunção de inocência, a qual varia de intensidade segundo o evoluir fático-jurídico do processo penal. Nesse sentido, antes da condenação pelo conselho de sentença, a execução provisória da pena representa, evidentemente, uma proteção deficiente do direito à liberdade do réu, já

que a prisão, à exceção da cautelar, não se sustenta, como já demonstrado. Na execução provisória da pena, antes da condenação, a restrição na presunção de inocência tem um peso alto e proporcionalmente superior ao peso da realização da segurança pública mediante a prisão do réu não condenado.

Todavia, depois da condenação soberana do réu pelo conselho de sentença, mediante decisão que é irrevisável, no mérito, pelo tribunal *ad quem*, a prisão do réu passa a ser compatível com a vertente ora analisada da proporcionalidade. A partir da condenação, a restrição na presunção de inocência passa a ter um peso menor e proporcionalmente inferior ao peso da realização da segurança pública mediante a prisão do réu já condenado.

A proporcionalidade como proibição da proteção deficiente também se vincula à segurança pública. A óptica aqui é a segurança de todos, da sociedade. A liberdade do réu já condenado, de forma soberana, pela magistratura popular representa uma proteção insuficiente da sociedade e da vítima, pois, agora, a segurança pública, tendo em vista a condenação do réu (circunstância fático-jurídica), adquire um peso maior do que a presunção de inocência. Seguindo a óptica esposada no parágrafo anterior, a realização da segurança pública mediante a prisão do réu, após a sua condenação, tem um peso alto e proporcionalmente superior ao peso de quando se restringe a presunção de inocência mediante a execução provisória da pena.

Nessa linha, tem-se que a execução provisória da pena, no Tribunal do Júri, após a condenação pelo conselho de sentença, cumpre a proporcionalidade na sua dupla face, ou seja, enquanto proibição do excesso e enquanto proibição da proteção insuficiente. Por conseguinte, trata-se de medida uma formal – devido processo legal formal/procedimento – e substancialmente democrática – devido processo legal material/substancial.

4 CONCLUSÃO

O poder emana do povo e é exercido por ele, direta ou indiretamente. No Brasil, observada a tripartição, o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário devem ser exercidos pelo povo. Este último Poder, Judiciário, pode ser exercido indiretamente por meio de juízes, ou diretamente pelo cidadão, no caso do Tribunal do Júri, mediante o conselho de sentença. Logo, o júri constitui e reforça a democracia, ao permitir a participação direta de cidadãos na administração da Justiça (criminal).

A soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, da CF) decorre do caráter democrático do Tribunal do Júri. Admitida a condição do júri de instrumento da democracia participativa, não se toleraram restrições ao exercício da função dos integrantes do conselho de sentença. Limitações aos jurados, a exemplo de não permitir o cumprimento imediato da sua vontade, equivalem a limitações à própria democracia.

Ademais, a soberania do júri designa o objetivo claro do constituinte de blindar a decisão do conselho de sentença contra qualquer modificação, no mérito, a ser promovida pelos juízes profissionais. Se a decisão dos jurados não pode ser alterada, inexistente razão suficiente para não ser determinada a sua execução provisória.

O constituinte tanto confia na qualidade da decisão da magistratura popular, que a qualificou de soberana. A legislação infraconstitucional acompanhou essa opção da Constituição ao qualificar o procedimento dos crimes dolosos contra a vida, prevendo a pronúncia. Esta constitui um juízo de prelibação qualificado sobre a acusação que exige prova judicial e que pode chegar até o STF, consistindo assim em uma excelente ferramenta de proteção ao réu, pois este somente será julgado pela sociedade se existirem prova da materialidade e indícios sérios de autoria. A pronúncia reconhece a existência de uma vertente

probatória, a depender da íntima convicção dos jurados, suficiente para a condenação do réu. Por isso, inalterado o panorama probatório desde a pronúncia, a condenação decidida pelos jurados não pode caracterizar uma decisão manifestamente contrária às provas dos autos, circunstância que justifica a sua execução provisória.

Igualmente, a parcela de responsabilidade do jurado pela decisão, no Tribunal do Júri, exige o respeito a ela. Afinal, apenas o conselho de sentença, por ser o juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, pode decidir a seu respeito. Frisa-se a impossibilidade de o tribunal *ad quem* analisar o mérito da decisão tomada pelos jurados. Mesmo na hipótese do provimento de eventual apelação interposta com base no art. 593, III, *d*, do CPP, a decisão original dos jurados pode ser, apenas por uma vez, rescindida para ser substituída por outra derivada de um novo conselho de sentença. Percebe-se então que a decisão sobre a culpabilidade do réu acusado da prática de crime doloso contra a vida será sempre da sociedade, representada pelos jurados. Então, se os juízes profissionais não têm competência para decidir sobre a acusação, eles não devem indeferir o cumprimento provisória da condenação.

Já a força normativa da Constituição Federal exige que o Poder Judiciário pautе a sua interpretação sobre o direito com o objetivo de resguardar a democracia. Uma forma de respeitar a democracia consiste em cumprir imediatamente a vontade dos jurados traduzida na decisão do conselho de sentença sobre a denúncia oferecida contra o réu.

A democracia, todavia, não se resume ao aspecto majoritário; ela também cuida do respeito aos direitos fundamentais, o que exige a análise do conteúdo substancial dos atos normativos e emanados do poder público, a exemplo da sentença condenatória, no Tribunal do Júri. Por essa razão, a democracia pode ser analisada sob dois prismas: o formal, atrelado ao princípio da mera legalidade e ao devido processo

legal procedimental; e o substancial, vinculado ao princípio da legalidade estrita e ao devido processo legal substantivo.

A execução provisória da pena, após a condenação pelo conselho de sentença, cumpre o devido processo legal procedimental, porque não colhe o réu de surpresa. Ela também respeita o devido processo legal substantivo – e, desse modo, a democracia substancial – porque constitui uma medida que é proporcional, tanto do ponto de vista da proibição do excesso como o da proibição da proteção insuficiente.

Dessa sorte, após a condenação pelo conselho de sentença, deve ser decretada imediatamente a prisão do réu. Eventual recurso interposto contra a sentença condenatória, no júri, não deve ser recebido no efeito suspensivo, mas apenas no devolutivo. Não obstante, em caso de flagrante ilegalidade na condenação do réu pelo conselho de sentença, a execução provisória poderá ser obstada mediante a impetração de um *habeas corpus* em favor do réu, o acolhimento de preliminar suscitada nesse sentido no recurso de apelação interposto em favor do réu, ou mediante a concessão, de ofício, de *habeas corpus* pelo juízo sentenciante.

Não conferir efeito imediato à decisão dos jurados consiste em infração à democracia. Logo, a submissão, por intermédio de recurso, da eficácia da decisão do júri a um tribunal que não tem competência para reformá-la quanto ao fato decidido constitui inadmissível ofensa à democracia. Aliás, repisa-se, essa conformação torna indevidamente o poder jurisdicional – que emana do povo (art. 1º, parágrafo único, da CF) – um poder capenga: a sociedade pode decidir, mas não pode fazer cumprir imediatamente a sua vontade. Então, qual a serventia da titularidade do poder?

REFERÊNCIAS

ABRAMSON, Jeffrey. Four models of jury democracy. *Chicago-Kent*

Law Review, Chicago, v. 90, n. 3, p. 861-898, out. 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2608747. Acesso em: 27 jan. 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **Constituição, Política e Retórica**. Brasília: Uniceub, 2014.

ANSANELLI JÚNIOR, Ângelo. **O tribunal do júri e a soberania dos veredictos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARAÚJO, Gladston Fernandes de. **Tribunal do júri: uma análise processual à luz da constituição federal**. 2. ed. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2010.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1985.

AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. A democracia deliberativa e a busca pelo diálogo no Tribunal do Júri Brasileiro. *In*: CLEVE, Clemerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro, v. 1: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação prática dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BEÇAK, Rubens. Considerações sobre a democracia participativa. *In*: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de *et al.* **Direito constitucional, estado de direito e democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal Pleno. **Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade nº 2667**. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 19 jun. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387197>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 13 nov. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 13 nov. 2019.

_____. **Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.**

Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 13 nov. 2019.

_____. **Lei de 29 de novembro de 1832.** Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm.

Acesso em: 13 nov. 2019.

_____. **Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841.** Reformando o Código do Processo Criminal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM261.htm. Acesso em: 13 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). 5. Turma. **Habeas Corpus nº 346.721, MG.** Relator Ministro Félix Fischer. Brasília, 1 set. 2016.

Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600031019&dt_publicacao=13/09/2016. Acesso em: 21 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). 5. Turma. **Habeas Corpus nº 383.616, RJ.** Relator Ministro Reynaldo Fonseca. Brasília, 28 mar. 2017a. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603345289&dt_publicacao=05/04/2017. Acesso em: 21 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). 5. turma. **Habeas Corpus nº 388.863, AP**. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 6 jun. 2017b. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700347561&dt_publicacao=14/06/2017. Acesso em: 21 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). 5. Turma. **Habeas Corpus nº 358.963, PR**. Relator Ministro Reynaldo Fonseca. Brasília, 1 jun. 2017c. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601521283&dt_publicacao=08/06/2017. Acesso em: 21 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal Pleno. **Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n. 1407**. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 7 mar. 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347037>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). 1. Turma. **Habeas Corpus nº 59.287, MG**. Primeira Turma. Relator Ministro Néri da Silveira. Brasília, 10 nov. 1981. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=66898>. Acesso em: 27 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). 2. Turma. **Agravo Regimental nº 737.305**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 28 jun. 2016. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11479231>. Acesso em: 21 out. 2017.

BEÇAK, Rubens. Considerações sobre a democracia participativa. *In*: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de *et al.* **Direito constitucional, estado de direito e democracia**: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Pequenos mitos sobre a investigação criminal no Brasil. *In*: CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 124-151.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHAVE, Charley Teixeira. **O povo e o tribunal do júri**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

CONDORCET'S jury theorem. *In*: **Wikipédia**: a enciclopédia livre. 20 out. 2017. Disponível em:

https://en.wikipedia.org/wiki/Condorcet%27s_jury_theorem. Acesso em: 28 jan. 2018.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um processo penal democrático. **Direito em ação**, Revista do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília, v. 12, n. 1, p. 169-229, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/view/5867/3814>. Acesso em: 1 nov. 2017.

DEPARTAMENTO DE ESTADO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Anatomia de um tribunal de júri. In: **eJournal**, vol. 14, n. 7, jul. 2009. Disponível em: <http://www.confrariadojuri.com.br/docs/anatomiadeumtribunal.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2018.

EILBAUM, Stacey P. The dual face of the american jury: the antiauthoritarian and antimajoritarian hero and villain in american law and legal scholarship. **Cornell Law Review**, Ithaca, v. 98, n. 3, p. 711-742, mar. 2013. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3268&context=clr>. Acesso em: 27 jan. 2018.

_____. **Lei Orgânica nº 5, de 22 de maio de 1995, do Tribunal do Júri**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-12095-consolidado.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2018.

FELDENS, Luciano. **Direito fundamentais e direito penal: a Constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. Tradução de Aba Pula Zome Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal em el estado constitucional de derecho. *In*: **Crimen y castigo**. Cuaderno de Departamento de Derecho Penal y Criminologia de la Facultad de Derecho U.B.A., Buenos Aires, ano 1, n. 1, ago. 2001, p. 17-31.

FISCHER, Douglas. Execução de pena na pendência de recursos extraordinário e especial em face da interpretação sistêmica da constituição. Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição do Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente. **Direito Público**, Brasília, v. 6, n. 25, jan./fev. 2009.

FRANCO, Ary Azevedo. **O júri e a Constituição Federal de 1946** (comentários à Lei Nº 263 de 23 de fevereiro de 1948). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.

GARCIA, Emerson. Configuração constitucional das corregedorias do ministério público. **Revista Jurídica Corregedoria Nacional**: o papel constitucional das corregedorias do ministério público, Brasília, v. 1, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. Questões Polêmicas sobre a Pronúncia. *In*: TUCCI, Rogério Lauria (coord.). **Tribunal do júri**: estudo sobre a mais

democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimento da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista contribuciones a las ciencias sociales**, [S.l.], jul./set. 2017a. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 7 ago. 2017.

_____. A justificação constitucional da execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência dos recursos extraordinário e especial recebidos sem efeito suspensivo. **Revista Brasileira de Direito**, São Paulo, v. 18, n. 7, p. 242-262, set./dez. 2017b. Disponível em: <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/504>. Acesso em: 27 jan. 2018.

KURKOWSKI, Rafael Schwez; PIEDADE, Antônio Sérgio Cordeiro. Justificação constitucional da execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência dos recursos extraordinário e especial recebidos sem efeito suspensivo. **Revista Duc in Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 9, n. 18, p. 121-163, mai./ago. 2017. Disponível em:

<http://www.faculdededamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/609/521>. Acesso em: 27 jan. 2018.

KURKOWSKI, Rafael Schwez; SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Execução provisória da pena privativa de liberdade: resultado da harmonização entre a presunção de inocência e a segurança pública. **E-civitas Revista científica do curso de direito do UNIBH**, Belo Horizonte, v. IX, n. 2, p. 1-38, dez. 2016. Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/1994>. Acesso em: 7 mar. 17.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEMPERT, Richard. The american jury system: a synthetic overview. **Chicago-Kent Law Review**, Chicago, v. 90, n. 3, p. 825-859, out. 2015. Disponível em: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=4085&context=cklawreview>. Acesso em: 4 fev. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORO, Sérgio Fernando. Direitos fundamentais contra o crime. In: CLEVE, Clemerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**, v. 1: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Júri: crimes e processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NASSIF, Aramis. **Júri: instrumento da soberania popular**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Tribunal do júri**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri. Procedimentos e aspectos do julgamento. Questionários**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

PORTUGAL. Constituição (1974). **Constituição da república portuguesa**. Disponível em:
<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art207>. Acesso em: 27 jan. 2018.

PROJETO de Lei Anticrime. 2019. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/dl/projeto-lei-anticrime-ministerio-justica.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais**. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais – IBCCRIM**, p. 60-122, mar./abr. 2004. Disponível em: egoc.ufsc.br/portal/conteúdo/constituição-e-proporcionalidade-o-direito-penal-e-os-direitosfundamentais-entre-proibicao. Acesso em: 1 ago. 2016.

SEVERO, Jean de Menezes; SILVA, William de Quadros. O tribunal do júri e a participação popular na administração da justiça criminal: algumas reflexões. *In: Democracia (e)m sistema penal*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 798, abr. 2002.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TOCQUEVILLE, Alexis Charles Henri Maurice Clérel de. **O antigo regime e a revolução**. Tradução de Yvone Jean. 3. ed. Brasília: UNB, 1989.

TUBENCHLAK, James. **Tribunal do Júri: contradições e soluções**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do júri: origem, evolução, características e perspectivas. *In*: TUCCI, Rogério Lauria (coord.). **Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VIVEIROS, Mauro. **Tribunal do júri na ordem constitucional brasileira: um órgão da cidadania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

Correspondência | Correspondence:

Rafael Schwez Kurkowski

Av. Conselheiro Carlos Alberto Barros Sampaio, 505, Centro Administrativo
Gov. Augusto Franco, Capucho, CEP 49.081-010. Aracaju, SE, Brasil.

Fone: (79) 3209-2400.

Email: rafadir2000@yahoo.com.br

Recebido: 20/8/2018.

Aprovado: 9/10/2019.

Nota referencial:

Kurkowski, Rafael Schwez. O cumprimento imediato da sentença condenatória justificado pelo caráter democrático do júri. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 21, n. 3, p. 262-312, set./dez. 2019. Quadrimestral.